



O JUÍZO RECURSAL E AS NOVAS QUESTÕES DE FATO

Athos Gusmão Carneiro
Ministro aposentado do Superior
Tribunal de Justiça - Advogado

1. É tema sobremodo relevante em juízo recursal o relativo aos *atos novos*, capazes de atrair a incidência do art. 517 do CPC.

A análise da matéria exige a *conjugação e a harmonização* da norma geral do art. 515 e da norma, mais restrita, do art. 517 do CPC.

Pelo art. 515:

“A apelação devolverá ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada.

§ 1º. Serão, porém, objeto de apreciação e julgamento pelo tribunal todas as questões suscitadas e discutidas no processo, ainda que a sentença não as tenha julgado por inteiro.

§ 2º.”

Pelo art. 517:

“As questões de fato, não propostas no juízo inferior, poderão ser suscitadas na apelação, se a parte provar que deixou de fazê-lo por motivo de força maior.”

Vê-se, pois, que o *efeito devolutivo* da apelação, obedecido ao princípio maior da estabilidade da demanda sob a regra do *tantum devolutum quantum appellatum*, abrange as *questões* (= pontos controvertidos - CARNELUTTI, “Instituições”) de fato e de direito “suscitadas e discutidas” no processo (aliás, face ao contraditório, questão “suscitada” é questão que se considera “discutida”, ainda que a parte adversa haja silenciado a respeito), mesmo que o magistrado, por considerar determinada questão como irrelevante ou prejudicada, se tenha absterido de sobre ela pronunciar-se.

2. No magistério de BARBOSA MOREIRA (“Com. ao CPC”, Forense, 6ª ed., 1993, nº 244), o efeito devolutivo é *em profundidade* amplíssimo, pois engloba, além das *questões realmente resolvidas* na instância *a quo*, também as questões que

poderiam ter sido resolvidas, como em geral todas as *quaestiones iuris*, as *questões examináveis de ofício* (como as nulidades) e as *questões suscitadas mas irresolvidas*.

ALÉM DISSO, por exceção poderão ser apreciadas *questões de fato* não suscitadas no juízo de origem (sem ofensa, por certo, à norma basilar do art. 264 do CPC!), desde que a parte comprove que deixou de suscitá-las *por motivo de força maior*.

Mas, quais serão tais *questões de fato*?

3. O Prof. HUGO ALSINA refere que:

“Hecho es todo acontecimiento, dato o circunstancia que tenga transcendencia jurídica y, en consecuencia, comprende no sólo los que se designan con el nombre específico de *hechos jurídicos* (constitutivos, impeditivos, modificativos o transformativos y extintivos), sino también los hechos simples o *motivos* que sirven para demostrar la existencia de aquéllos” (“Alegación de Hechos Nuevos en el Proceso Civil”, Rev. de Derecho Procesal, Ediar, B. Aires, v. I de 1939, pág. 39).

Os fatos, no sentir de ALSINA, deverão “tener relación con la cuestión que se ventila”, com influência “aunque sea accidental”. Todavia, não poderão importar em uma “variación de la litis por la alteración de alguno de sus elementos (sujetos, objeto y causa)”. O fato deve ter ocorrido “con posterioridad a la contestación, o siendo anterior, haber llegado recién entonces a conocimiento de la parte que lo invoca. Los hechos ocurridos o conocidos después de esa oportunidad podrán alegarse en la segunda instancia, como vamos a verlo más adelante” (*ibidem*, págs. 39/41).

E cuidando especificamente da arguição de fatos novos em instância recursal, mencionou ALSINA que “según los términos del art. 247, *hecho nuevo en la apelación* es el ocurrido *con posterioridad al término de prueba, o siendo anterior, no se hubiera hasta entonces conocido*” (*ibidem*, pág. 46).

4. Segundo PONTES DE MIRANDA:

“As questões de fato podem ser suscitadas se houve força maior que impediu o suscitamento delas. O conceito de força maior, nesse ponto, é o de força maior transindividual. *Novas* alegações sobre questões de fato são permitidas se novos os fatos, isto é, acontecidos depois do encerramento de debate oral, ou depois de preclusão para se proferir a sentença fora de audiência. Tais fatos novos podem ser provados na segunda instância.”

É feita a distinção entre *matéria nova* e *fato novo*, isto é, “entre o que só agora se alega, posto que pudesse ter sido alegado, e o que somente aconteceu depois do debate oral ou da conclusão. A matéria nova é excluída, se não houve razão que impediu o autor de alegá-la ou prová-la. O *fato novo propriamente dito*, esse, por sua novidade, não precisa ser subordinado à prova de que não podia ter sido alegado ou provado: não havia acontecido” (“Com. ao CPC de 1973”, Forense, tomo, pág. 218).

5. Assim sendo, os *atos novos* que podem ser suscitados em segundo grau serão tão-somente “as questões de fato que se situem no plano empírico do litígio”, ou seja, aptos a comprovar os “atos jurídicos” em que as partes fundam suas alegações, defesa por certo a alteração da causa de pedir (FREDERICO MARQUES, “Instituições”, Forense, v. IV, 1960, nº 957); remissão é feita a SERGIO COSTA: trata-se, enfim, “del fatto semplice che non produce mutamento nella causa petendi” (“Manuale di Diritto Processuale Civile”, 1955, pág. 393).

6. Aludindo aos *atos novos*, sob restrita aceitação do *ius novorum*, BARBOSA MOREIRA alude às duas hipóteses permissivas de sua admissibilidade:

a) quando o fato *ainda não tinha ocorrido*, “até o último momento em que a parte poderia tê-lo eficazmente arguido no primeiro grau de jurisdição”;

b) quando o fato *já tinha ocorrido*, mas a parte dele *não tivera ciência*, ou, tendo ciência, todavia a arguição fora impossível quer à parte, como ao seu advogado.

Prova da força maior, abre-se ensejo de produzir a prova dos fatos a que se refere a arguição, cabendo inclusive, se necessária, a conversão do julgamento em diligência (B. MOREIRA, ob. cit., § 249).

Segundo SÉRGIO BERMUDEZ, “força maior significa qualquer razão alheia à vontade da parte. Deve ser provada, para que o tribunal admita a alegação do fato novo. Portanto, ao alegá-lo, deverá a parte demonstrar que deixou de aludir à questão de fato, em primeiro grau, por motivo de força maior, ficando ao livre arbítrio do órgão julgador admitir ou rechaçar o fato novo” (“Com. ao CPC”, ed. RT, v. VII, 1975, pág. 131).

7. Ao dispor sobre a AMPLITUDE DO EFEITO DEVOLUTIVO DA APELAÇÃO, duas opções apresentam-se ao legislador.

Ou a apelação é aceita como um *irrestrito reexame da causa*, admitindo-se assim sejam suscitadas, no juízo recursal, quaisquer questões não apresentadas perante o juízo *a quo* - em amplo *novum iudicium* -, ou adota o legislador o sistema em que o juízo recursal atua apenas para a *revisio prioris instantiae*, considerando-se “preclusas” as questões, ou seja, a matéria controvertível, não suscitada perante o juízo de origem.

8. Em outras palavras: a apelação é instrumento de controle da instância inferior em sua totalidade, ou o controle limita-se à validade e justiça apenas da sentença?

Corrige os erros ou omissões *do processo*, ou apenas os erros cometidos *no veredito de primeiro grau*?

Neste *segundo caso*, o tribunal julgará com base somente no material apresentado em primeiro grau, sendo inadmissíveis novos pedidos, novas defesas, novas provas.

No *primeiro caso*, se a apelação apresentar-se como “uma revisão da instância inferior, serão sempre possíveis novas proposições de direito e admissíveis

novas provas que, por erro, negligência ou ignorância, não tenham sido produzidas na primeira instância” (COUTURE, “Fundamentos do Direito Processual”, trad. port., Saraiva, 1946, nº 163, págs. 277 e ss.).

9. As Ordenações do Reino previam o *ius novorum* em termos latos:

“Na Causa de Appellação reparão-se todos os damnos, ainda que minimos. No grão de appellação, portanto, pode-se allegar o não allegado, e provar o não provado; bem entendido, quando a Causa é indivisivel, e não contém assumptos separados. N’êste sentido é que procedem a Or. Liv. 3ª, Tit. 72 e Tit. 80 princ.” (PEREIRA E SOUZA, “Primeiras Linhas sobre o Processo Civil”, atualizadas ao foro do Brasil por TEIXEIRA DE FREITAS, Rio, 1879, tomo II, pág. 56, nota 668).

10. LUIZ MACHADO GUIMARÃES (“Limites Objetivos do Recurso de Apelação”, Rio, 1962) dá larga notícia sobre a evolução histórica do *novum iudicium* no direito alienígena e no direito brasileiro, lembrando que o *novum iudicium* do direito filipino transformou-se paulatinamente na *revisio prioris instantiae* no CPC de 1939, que nisso teria seguido o rumo indicado pela evolução do instituto da apelação, com a queda em desuso dos “artigos de nova razão”. Afirma que:

“Não mais se instaura um *novum iudicium*; não se permite a reprodução, *ex novo*, da atividade exercida em primeira instância. É vedada a alegação de novas questões de fato, ainda que pertinentes à causa, *ressalvando o caso de força maior*” (grifo nosso) (pág. 67).

A respeito dessa ressalva, refere MACHADO GUIMARÃES que poderá acontecer:

“... porém, que motivos de força maior impeçam a alegação oportuna de certos fatos, ou a respectiva prova. Entre esses fatos estão as exceções supervenientes.....(*omissis*).....que podem ser opostas até no processo de execução de sentença, por via de embargos.....(*omissis*).....Seria atentar contra o princípio da economia do processo, vedar a alegação dessas exceções supervenientes no procedimento da apelação, para só admiti-las na execução” (fls. 68/69).

11. Em nota às “Instituições”, de CHIOVENDA, o eminente prof. ENRICO TULLIO LIEBMAN, a quem tanto deve a ciência do processo em nosso país, elucida que o *ius novorum* permite o *beneficium nondum deducta deducendi, nondum probata probandi*, sendo este o sistema clássico das Ordenações e da maioria dos países europeus; o Brasil, todavia, adota o sistema da apelação restrita, na trilha do Código austríaco. A restrição ao efeito devolutivo não significa todavia que a função do juízo recursal “se adscreva ao controle da sentença do primeiro juiz para estabelecer se é certa ou errada”.....“o controle da sentença constitui, em realidade, tão-somente meio para decidir segunda vez controvérsia pendente”.

Assim se infere, segundo LIEBMAN, “em primeiro lugar, do fato de permitir a lei, em caso de *força maior*, a dedução de *novos fatos* e o alargamento da discussão a questões não suscitadas em primeira instância”. Diz, mais, que a restri-

ção à apresentação de novas questões de fato deve considerar-se como uma “preclusão para as partes”; e “só na hipótese de força maior, *que ao tribunal caberá apreciar caso a caso*, a este incumbiria remover tal preclusão e restituir às partes a faculdade, que normalmente se lhes recusa, de formular em segunda instância novas questões de fato” (grifo nosso).

Já relativamente às questões de direito, nenhuma será a restrição a suscitá-las em qualquer tempo, pois *iura novit curia* (ob. cit., trad. port., Saraiva, 1942, tomo III, págs. 338/339).

12. A doutrina e a legislação européias, de modo geral, adotam a regra do *ius novorum* com amplitude; a solução é, pois, a do amplo reexame de todo o processo (ZANZUCCHI, “Nuove domande, nuove eccezioni e nuove prove in appello”, pág. 328).

Aludiu todavia EDUARDO COUTURE a que antes da guerra (refere-se à 2ª Grande Guerra, 1939/45) se estaria observando uma evolução em sentido contrário. Menciona as reformas da ZPO, de 1924 e 1933, limitando os poderes do juiz de apelação e seu controle sobre matéria de fato, isto sob a influência do direito austríaco e do aforismo de KLEIN: *a segunda instância é controle e não criação* (a respeito, ainda, LEO ROSENBERG, “Tratado de Derecho Procesal Civil, ed. esp. EJEa, tomo II, § 132, nº 3, a).

Mencionou o mestre uruguaio (ob. cit., *ibidem*), apreciando o direito processual da Itália, que pelo antigo Código (CPC de 1865, art. 490) no juízo de apelação “podem ser oferecidas novas provas”. Mas no CPC de 1940, art. 345, fora não só omitida a possibilidade de reconvir, em apelação, ao pedido principal, como também estabelecido que “salvo existindo motivos graves que serão declarados pelo juiz, não se poderão apresentar novas defesas, juntar documentos, nem requerer a produção de novos meios de prova”.

Em suma: a Exposição de Motivos de CPC italiano referiu expressamente que fora abolida a concepção da apelação como um *novum iudicium*.

13. Impende todavia acrescentarmos que, consoante Lei de 14 de julho de 1950, nova reedição da segunda parte do art. 345 reconduziu a legislação italiana ao leito tradicional, pois reza:

“.....

Le parti possono proporre nuovi eccezioni, produrre nuovi documenti e chiedere l'ammissione di nuovi mezzi di prova, ma se la deduzione poteva essere fatta in primo grado si applicano per le spese del giudizio d'appello le disposizioni...”

A respeito, vide ZANZUCCHI, “Diritto Processuale Civile”, Giuffrè Ed., 1962, v. II, nºs 22 e 23, com precisa exposição do tema; igualmente, CARNELUTTI, “Diritto e Processo”, Morano Ed., nº 150, pág. 239; “Codice di Procedura Civile”, CEDAM, 1984, págs. 481/485.

14. Fenômeno semelhante processou-se em França. Disse COUTURE que no direito processual francês, pela reforma de 1935, normalmente não mais se

admitiam em segundo grau outras provas que não as produzidas na instância de origem perante o *juge rapporteur*.

Todavia, acrescentemos também aqui que o “Nouveau Code de Procédure Civile” (Dalloz, 72ª ed., 1979, editado em sucessivas “ordonnances” a partir de 1971, *retornou ao “novum iudicium”*).

Assim é que pelo art. 563 podem as partes, no juízo de apelação e para justificar as pretensões submetidas ao juízo inicial, invocar “...des moyens nouveaux, produire de nouvelles pièces ou proposer de nouvelles preuves” - argumentos novos, novos documentos, novas provas. São inclusive admitidas “nouvelles prétentions” em certos casos, como para “faire écarter les prétentions adverses ou faire juger les questions nées de l’intervention d’un tiers ou de la révélation d’un fait” (art. 564). Em nota de rodapé, é mencionado que a “revelação de um fato” é noção similar à “celle d’évolution du litige”.

Voltou, outrossim, a possibilidade de reconvir em apelação:

“Art. 567. Les demandes reconventionnelles sont également recevables en appel.”

15. *Verifica-se, destarte, que a aparente rigidez das normas processuais brasileiras - art. 515 do CPC - é passível de ser atenuada ante a ocorrência dos fatos novos, os quais devem ser considerados sob prisma consentâneo com as características de cada caso concreto, ponderadas, também, na devida medida, as inspirações que nos podem trazer as normas processuais alienígenas, vigentes na maioria dos países sob o sistema jurídico europeu continental, a que nos filiamos.*